

AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD Y FORMA EN EL TESTAMENTO VITAL

Verónica San Julián Puig
*Profesora de Derecho Civil
en la Universidad de Navarra*

I. INTRODUCCIÓN

Los Códigos Civiles –el chileno, el francés, el español– emplean una terminología y conceptos cargados de la ideología propia del siglo XIX en el que nacen. El tiempo ha transcurrido y las realidades jurídico-sociales a las que se siguen aplicando esos mismos conceptos han variado considerablemente, por lo que también, como es lógico, el contenido otorgado a los mismos se va adaptando a las nuevas realidades a las que tienen que dar respuesta. En este artículo nos vamos a fijar en un concepto clásico, el de la autonomía de la voluntad y la evolución que ha sufrido desde su aplicación preferente en el ámbito patrimonial, a su actual desarrollo en el ámbito personal; así como en la influencia que han operado en él las referencias constitucionales al “libre desarrollo de la personalidad”. Todo ello se verá tomando como marco de referencia el testamento vital, figura de nueva creación en la que se pone de manifiesto esta evolución y nuevos roles que vienen a jugar tanto la autonomía de la voluntad, como la forma.

El testamento vital o, técnicamente más correcto, el documento de voluntades anticipadas es el documento que realiza una persona en situación de lucidez mental, capaz, consciente y libre, para que sea tenido en cuenta en el momento en que, por cualquier causa –una enfermedad o accidente, por ejemplo–, se encuentre en un estado que le impida expresarse válidamente por sí mismo. En este documento el sujeto manifiesta su voluntad sobre las atenciones médicas que desea o no desear recibir cuando se encuentre en esa situación terminal irreversible. De tal manera que esas opciones e instrucciones han de ser tenidas en cuenta y respetadas, tanto por quienes le asisten médicamente, como por sus familiares y allegados.

El origen de esta figura se encuentra en EE.UU. a finales de los años sesenta y su plasmación jurídica data de mediados de los setenta. En 1967 un abogado de Chicago, Luis Kutner, concibió un documento en el que cualquier ciudadano podría indicar su deseo de que no se le aplicara un

tratamiento en caso de enfermedad terminal. En esas fechas en Estados Unidos, los centros médicos y hospitalarios disponían ya de innumerables medios técnicos y ante la libertad del enfermo de rehusar determinados tratamientos en condiciones terminales, los facultativos necesitaban una garantía para que no se les pudiera acusar de omisión al no haber utilizado todos los procedimientos médicos a su alcance.

Nueve años más tarde, en 1976, la Ley de Muerte Natural de California (California Natural Death Act, recogida en el California Health and Safety Code, arts. 7185 y ss.), legalizó por primera vez estas manifestaciones de voluntad en torno a la aplicación, interrupción o rechazo de tratamientos al final de la propia vida, con el nombre de *living will*. Lo que era una regulación aislada y específica de un Estado, adquirió reconocimiento y validez general para todo EE.UU. en 1991, con la Ley Federal de Autodeterminación del Paciente (la Federal Patient Self-Determination Act). En ella se autoriza a que cada paciente pueda expresar de antemano, para cuando no lo pueda hacer por sí mismo, su deseo de recibir o no asistencia médica (art. 489.102).

Una vez instaurado en EE.UU., esta figura se ha expandido fuera de sus fronteras a otros países. En primer lugar, a sus vecinos canadienses. En ese sentido, se puede decir que en Canadá a partir de 1992 las provincias de Colombia Británica, Manitoba, Terranova, Alberta, Nueva-Escocia, Saskatchewan, Ontario y Québec han ido aprobando legislaciones que reconocen la legalidad del testamento vital. A continuación, la figura da el salto al charco para pasar a Europa, donde en la actualidad existe en: Dinamarca, algunos Cantones Suizos, Alemania, Gran Bretaña, Francia y España. Tanto en Bélgica como en Holanda también está prevista esta figura con la particularidad de que incluso se puede consignar la eutanasia activa, permitida en sus legislaciones en determinadas circunstancias¹. En Italia está actualmente en vías de tramitación y se han manifestado a favor de su regulación las Comisiones de Bioética de Portugal y Eslovenia.

En todos estos países se entiende que la facultad de hacer un documento de voluntades anticipadas es un derecho que tiene el paciente en tanto que ser humano autónomo y capaz de tomar sus propias decisiones, también en el ámbito médico. Es de reseñar que esta figura se inserta en las regulaciones que se han venido haciendo sobre los derechos de los pacientes al hilo

¹ Admiten esa posibilidad recogida en testamento vital, la ley holandesa de 12 de abril de 2001 relativa al control de la interrupción de la vida practicada a petición y del control de la asistencia al suicidio (que entró en vigor en abril de 2002); y la ley belga de 16 de mayo de 2002 relativa a la eutanasia (que entró en vigor el 20 de septiembre de 2002).

de la creciente preocupación que esta materia ha ido alcanzando tras la Segunda Guerra Mundial. Preocupación que se ha ido plasmando en distintos documentos de naturaleza variada², de entre los que cabe destacar el denominado Convenio de Oviedo³. Convenio promovido por el Consejo de Europa, pero abierto a la firma y ratificación de cuantos países lo deseen⁴, en el que se establece un catálogo de principios ético-legales que tratan de armonizar la realidad científico-técnica que se desarrolla en los campos de la Medicina y la Biología con el respeto a la dignidad humana y los derechos y libertades que de ella dimanar a favor de la persona. Estos principios vinculan al legislador de los países que lo ratifiquen. Ya en este Convenio se habla, aunque de forma muy vaga y sin citarlo expresamente, de las voluntades anticipadas o testamento vital al decir que serán tomados en consideración los deseos expresados con anterioridad a una intervención médica por parte de un paciente que en el momento de la intervención no se encuentre en situación de expresar su voluntad (art. Y).

Es en este marco, en el que viene a insertarse la regulación que se hace en nuestro país del testamento vital. Hay que destacar que en España la sanidad es competencia compartida entre el Estado y las Comunidades autónomas (CCAA): al Estado corresponde la definición y contenido del servicio sanitario, mientras que a las CCAA la gestión de ese servicio. Es por ello que nos encontramos con la existencia de una ley estatal básica⁵ y trece autonómicas, de momento⁶, en las que se regula el testamento vital

² Entre esos documentos se pueden citar: el Código de Núremberg de 1947; la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948; la Convención Europea de los Derechos del Hombre de 1950; la Declaración de Helsinki de 1964; la Recomendación 779, de 29 de enero de 1976, de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa; la Declaración de Venecia de 1983 de la Asamblea Mundial Médica; o la Declaración sobre la Promoción de los Derechos de los Pacientes en Europa de 1994.

³ Su denominación completa es Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y la Dignidad del Ser Humano Respecto de las Aplicaciones de la Biología y la Medicina; aunque también es conocido con el nombre, más abreviado, de Convenio sobre los Derechos del Hombre y la Biomedicina.

⁴ El Convenio fue firmado inicialmente por 21 países, entre los que se encontraba España, el 4 de abril de 1997. El Parlamento español lo ratificó el 25 de junio de 1999 y su entrada en vigor data del 1º de enero de 2000.

⁵ Se ha producido la curiosa situación de que, siendo el Estado quien debía legislar cronológicamente primero, por ser la estatal una ley marco o básica en la que se han de señalar los principios dentro de los cuales se han de desarrollar las leyes autonómicas, no obstante algunas CCAA se han adelantado, legislando y aprobando sus propias leyes sin esperar a la estatal y arriesgándose a tener que modificar sus textos si sobrepasaban ese marco o líneas maestras que la estatal estableciera con posterioridad, como así ha sucedido con alguna de ellas.

⁶ De momento, dado que en España hay diecisiete CCAA, de modo que son cuatro las CCAA que todavía no han legislado al respecto (Asturias, Castilla-La Mancha, Canarias y Murcia), pudiendo hacerlo en cualquier momento.

o voluntades anticipadas. Esta regulación se hace o bien junto a los demás derechos de los pacientes⁷; o bien en un apartado sobre derechos de los pacientes en la regulación más amplia sobre salud⁸; o bien se desgajados los demás derechos de los pacientes y se le dedica una ley específica⁹.

Todos los preceptos que regulan el testamento vital en las distintas leyes –estatales y autonómicas– citadas, se caracterizan por enmarcar esta materia dentro del contexto de la autonomía de la voluntad. Así, lo más frecuente es que se inserten estos artículos en apartados que llevan títulos claramente alusivos a la autonomía de la voluntad, como es el caso del artículo 11 de la ley estatal que se encuentra ubicado en el Capítulo IV "El respeto de la autonomía del paciente"; el artículo 8º de la ley catalana, en el Capítulo IV "Respeto al derecho a la autonomía del paciente"; el artículo 15 de la ley aragonesa, en el Capítulo III, Título III "Del respeto al derecho a la autonomía del paciente"; el artículo 9º de la ley navarra, en el Capítulo IV "Respeto al derecho a la autonomía del paciente y a su voluntad expresada"; el artículo 17 de la ley valenciana, en el Título IV "Consentimiento informado, derecho a la libre elección y a la autonomía del paciente"; y finalmente, el artículo 30 de la ley de Castilla-León, en el Título IV "Protección de los derechos relativos a la autonomía de la decisión". En los casos de las demás leyes, en que se insertan bajo otros títulos más genéricos, "consentimiento informado" (caso de la ley gallega) o "derechos y deberes de los ciudadanos" (caso de las leyes riojana, cántabra y balear), en sus Exposiciones de Motivos en seguida encontra-

⁷ Es el caso de lo que hace la ley estatal (Ley Nº 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica) y las leyes autonómicas de Cataluña (Ley Nº 21/2000, de 29 de diciembre, sobre los derechos de información relativos a la salud, la autonomía del paciente y la documentación clínica); Galicia (Ley Nº 312001, de 28 de mayo, reguladora del consentimiento informado y de la historia clínica de los pacientes, modificada por la Ley Nº 312005, de 7 de marzo); Navarra (Ley foral 11/2002, de 6 de mayo, sobre los derechos del paciente a las voluntades anticipadas, a la información y a la documentación clínica); Valencia (Ley Nº 112003, de 28 de enero, de la Generalitat, de Derechos e Información al Paciente); y Castilla-León (Ley Nº 812003, de 8 de abril, sobre derechos y deberes de las personas en relación con la salud).

⁸ Extremadura (Ley Nº 1012001, de 28 de junio, de Salud); Aragón (Ley Nº 612002, de 15 de abril, de Salud); La Rioja (Ley Nº 212002, de 17 de abril, de Salud); Cantabria (Ley Nº 7/2002, de 10 de diciembre, de Ordenación Sanitaria); e Illes Balears (Ley Nº 512003, de 4 de abril, de Salud).

⁹ País Vasco (Ley Nº 712002, de 12 de diciembre, de las voluntades anticipadas en el ámbito de la sanidad); y Andalucía (Ley Nº 512003, de 9 de octubre, de declaración de voluntad vital anticipada). Hasta hace poco Madrid pertenecía al segundo grupo (Ley Nº 1212001, de 21 de diciembre, de Ordenación Sanitaria), pero recientemente ha derogado el artículo relativo a las instrucciones previas contenido en esa ley al aprobar 3/2005, de 23 de mayo, por la que se regula el ejercicio del derecho a formular instrucciones previas en el ámbito sanitario y se crea el registro correspondiente a la ley, pasando a formar parte de este tercer grupo.

mos el claro y expreso nexo con la autonomía de la voluntad¹⁰. También País Vasco, Andalucía y Madrid, que dedican sendas leyes específicas a esta materia, señalan en sus respectivas Exposiciones de Motivos la íntima e indisoluble conexión del testamento vital con la autonomía de la voluntad del individuo, su expresión y deber de respeto¹¹.

Quienes comentan desde distintos ámbitos lo establecido en estos preceptos, insisten también en que la autonomía de la voluntad es el espíritu y fundamento que está presente en estas normas. Así, se dice que se trata de otorgar al paciente "una mayor participación en la toma de decisiones que atañen a su salud", siendo el documento de voluntades anticipadas "una gran oportunidad para que el paciente participe de forma activa en aquello que afecta a su vida y a su bienestar y para acercar al médico a conocer los sentimientos y forma de pensar de dicho paciente¹²". En Francia, donde recientemente se ha aprobado esta regulación¹³, la doctrina hace hincapié en esta misma idea. Así, por ejemplo, Melin indicaba poco antes de la aprobación de la ley que aceptar esta figura (el testamento vital) permitiría ir más lejos y dar un paso más en la vía de la autonomía del paciente, permitiéndole preparar de antemano un eventual período de incapacidad¹⁴. Así, pues, la idea que se resalta desde todos los ámbitos es que

¹⁰ A título de ejemplo, citamos únicamente el caso gallego, en cuya Exposición de Motivos se dice: "El cambio de cultura jurídica en la relación médico-paciente, evidenciado en la afirmación del principio de autonomía de la persona, supuso dejar al margen una relación caracterizada por un sentido paternalista y regida por el principio de benevolencia, para alcanzar una nueva situación, acorde con los tiempos, en la que el paciente y sus derechos se configuran como los protagonistas".

¹¹ La Exposición de Motivos de la Ley del País Vasco dice: "La presente ley se dicta precisamente para hacer efectivo el derecho de la ciudadanía a la expresión anticipada de su voluntad respecto a las decisiones clínicas que les atañen (...). Se trata de una ley basada en el respeto y la promoción de la autonomía de los pacientes". La de la ley andaluza señala: "En la sociedad española hace ya algunos años que se ha suscitado el debate sobre el derecho a morir dignamente y sobre la autonomía de los pacientes para poder decidir, en situaciones límite, sobre el destino de su propia vida y sobre los tratamientos de soporte vital que les deben -o no- ser aplicados. (...) En este sentido, los derechos de los pacientes se consideran la base óptima de la relación entre los usuarios y los profesionales sanitarios, atendiendo a la dignidad y autonomía del paciente como ser humano. (...) En este sentido, su objeto (de la presente ley) no es otro que dar un trato especial al derecho de autonomía que asiste a los pacientes mediante un instrumento que se ha dado en llamar declaración de voluntad vital anticipada". Mientras que la de la ley madrileña dice: "La presente ley, por la que se regulan las instrucciones previas y se crea el registro correspondiente, tiene en cuenta todos los antecedentes no nativos previamente citados, procurando llevar a cabo un texto armónico que sirva a la ciudadanía madrileña para el correcto ejercicio del derecho a la autonomía individual de los pacientes en lo relativo a su salud".

¹² Jaume PADRÓS, secretario general del Colegio de Médicos de Barcelona, en entrevista para el *Diario Médico*, 2002 (en Internet).

¹³ Ley Nº 2.005-370 de 22 de abril de 2005 relativa a los derechos de los enfermos y final de la vida.

¹⁴ MELIN, F., "Les directives anticipées: vers l'admission du testament biologique en droit français?", *Répertoire du Notariat Defrénois*, 2004, Nº 22, p. 1528.

este instrumento permite a los pacientes ejercitar su derecho a la autonomía, aplicado al ámbito sanitario, al poder expresar de forma previa el tratamiento médico que se desea o no recibir, en consideración a determinados supuestos en los que no podrá expresar su voluntad por sí mismo.

Dado que la autonomía de la voluntad es señalada como la fuente y fundamento de esta figura, se hace preciso analizar de qué autonomía de la voluntad se está hablando. El término empleado es el mismo que se viene aplicando en el ámbito patrimonial del Derecho civil, pero ¿es exactamente el mismo su contenido y extensión? A continuación veremos, como ya anunciábamos al principio de esta exposición, cómo un concepto tradicional del Derecho civil viene a adquirir un contenido y aplicación distinto de aquel para el que fue inicialmente pensado, fruto de los cambios de circunstancias sociales y jurídicas y de su aplicación a nuevas realidades.

II. LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD: ORIGEN Y SIGNIFICADO DE LA EXPRESIÓN

En su sentido etimológico autonomía significa "gobierno deliberado de sí mismo" y su empleo en el lenguaje cotidiano data de lejos. Como fórmula empleada en el Derecho se puede decir que su uso es más reciente.

2.1 Origen de la expresión

Al contrario de lo que se ha pensado y dicho en muchas ocasiones, la autoría de la fórmula "autonomía de la voluntad" no procede ni del antiguo derecho francés¹⁵, ni de Kant, sino que la idea encuentra su origen y primeras referencias en el Derecho Internacional privado alemán, de donde pasa al Derecho francés y de ahí se extiende a otros países, incluido el nuestro. Llama la atención el hecho de que, si bien durante todo el siglo XIX la noción de autonomía de la voluntad incide en el Derecho privado, no se acuña tal expresión hasta finales del siglo XIX y principios del XX.

En la Alemania de principios del siglo XIX el término autonomía se empleaba para designar el privilegio de algunos grupos sociales de regir sus relaciones patrimoniales por una especie de legislación doméstica¹⁶.

¹⁵ Tison dedica su obra *Le principe de l'autonomie de la volonté dans l'ancien droit français (étude de droit interne)*, (París, 1931), a rastrear en el antiguo Derecho francés y sus autores clásicos algún vestigio de esta expresión y sólo encuentra la idea de la formación consensual de los contratos pero no la expresión "autonomía de la voluntad", concluyendo que no es una expresión que proceda de la pluma de los antiguos autores franceses.

¹⁶ RANOUIL, V., *L'autonomie de la volonté: naissance et évolution d'un concept*, París, 1980, p. 77.

Esta idea es tomada por el autor francés Foelixque, ampliándola, la plasma en su obra *Traité de droit international privé, ou du conflit des lois des différentes nations en matière de droit privé*, publicada en 1843. Es de este modo como entra en el Derecho Internacional privado francés la idea de autonomía de la voluntad (que, insisto, no recibe este nombre hasta más tarde) con la que se designa el poder de la voluntad para elegir la ley del contrato, haciéndose así la voluntad creadora del Derecho. Es decir, la voluntad de las partes es el principio para la resolución de los conflictos de leyes en materia contractual. No obstante, va a ser Weiss –también internacionalista– quien emplee por primera vez la fórmula "autonomía de la voluntad", recogida en su obra *Traité élémentaire de droit international privé*, de 1886. A partir de esta obra, es en torno a los años 1870-1880 cuando esta fórmula se generaliza en el ámbito del Derecho internacional francés y todos los internacionalistas la adoptan.

Desde el Derecho internacional esta noción llega al Derecho civil, donde es también en el área patrimonial donde va a encontrar su ámbito de aplicación exclusivo. La idea de la autonomía de la voluntad se va a admitir primero como una evidencia y se va a vivir de forma inconsciente a lo largo de todo el siglo XIX, tanto en el Derecho civil como en todo el Derecho privado. Es más, se vive una exaltación de tal principio que es uno de los pilares de la cultura del siglo XIX pero, a pesar de ello, es una idea implícita que no va a ser objeto de reflexión ni formulación hasta más tarde. Es en esta época de exaltación y de existencia implícita del principio de la autonomía de la voluntad en Derecho civil cuando el filósofo Fouillée escribió su famosa expresión "*qui dit contractuel dit juste*"¹⁷, al entender que una obligación aceptada no puede ser injusta dado que un hombre libre no puede consentir obligarse a perjudicarse, de tal manera que entiende que contrato y justicia son términos equivalentes. La autonomía individual crea el Derecho que va a regir en las relaciones entre las partes, mientras que se entiende que el papel que le toca jugar al Estado es garantizar esa libertad contractual. Esta exaltación propició que se reemplazara la expresión autonomía de las partes (ya existente y empleada mucho tiempo antes), por el de autonomía de la voluntad¹⁸, de tal manera que es en 1899 cuando aparece en Francia en el ámbito del Derecho civil la expresión "*autonomie de la volonté*"¹⁹. Para Geny –autor de la expresión–, en materia

¹⁷ FOUILLÉE, A., *La science sociale contemporaine*, París, 1880, p. 410.

¹⁸ Ya en 1891 WORMS aproxima los términos autonomía y voluntad en su obra: *De la volonté unilatérale considérée comme source d'obligations*, París, 1891. Pero es en 1899 cuando GENY emplea por primera vez la expresión "autonomie de la volonté".

¹⁹ En la obra de GENY: *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, París, 1899, pp. 144 y 173.

de actos jurídicos, la voluntad es una herramienta flexible, llenadematices, que se amolda a los hechos y se adapta a la variedad de situaciones, engendrando ella misma resultados jurídicos y debiendo gozar por ello, y en principio, de la más amplia autonomía. Tanto es así que este autor define la esfera reservada a la autonomía de la voluntad como aquella en la que la voluntad es inspiradora y maestra soberana de los actos jurídicos²⁰.

Que se formule en ese momento el principio de la autonomía de la voluntad no es fortuito, ya que se suele decir que, en torno a 1880, se abre una nueva era en el pensamiento jurídico francés, dado que es el momento en el que la doctrina se empieza a liberar de las reglas de la escuela de la exégesis, permitiéndose una reflexión sobre los principios fundamentales del Derecho y produciéndose una apertura de la ciencia jurídica a la Filosofía del Derecho²¹.

No obstante, pronto llegó la crisis de la autonomía de la voluntad, primero al Derecho internacional y después al civil²². La teoría del individualismo jurídico que dominaba el siglo XIX y que propició el nacimiento de la autonomía de la voluntad, va a ser cuestionada en un clima social y jurídico en el que cada vez van dominando más las teorías socialistas propiamente dichas y se van extendiendo las ideas de socialización y solidaridad social²³. Estas teorías ponen de relieve que la voluntad

²⁰ Pp. 144 (Nº 73) y 173 (Nº 81) respectivamente de su obra.

²¹ RANOUIL, *L'autonomie de la volonté...*, op. cit., pp. 53 y 84.

²² La vía por la que penetra la crisis en el Derecho Internacionales, como el origen de su noción, la doctrina alemana. En concreto, se puede fechar en 1862 con la obra de VON BAR, *Théorie und Praxis des Internationalen Privatrechts*. En Francia se empieza a hablar de crisis en la obra de Brocher de 1892 *Cours de droit international privé* y en 1894 ya lo hace la doctrina internacionista de forma unánime. Esta crítica insiste en dos puntos, por un lado se defiende que el carácter obligatorio de las leyes imperativas debe persistir en el orden internacional; mientras que por otro lado se señala que el papel de las normas supletorias no es presumir la voluntad de las partes sino que son instrumentos de seguridad jurídica necesarios para establecer las relaciones contractuales. Ranouil, *L'autonomie de la volonté...*, op. cit., pp. 101 y ss.

En el ámbito civil el origen de la crisis de la noción de autonomía de la voluntad también está en Alemania. Así, el primer ataque seno al individualismo jurídico se produce tras la traducción de las obras de Ihering al francés, en concreto con la aparición en 1877 de la obra traducida bajo el título *L'esprit du droit romain*, donde el autor a la hora de definir la noción de Derecho afirma que su fin y sustancia es la utilidad y no la voluntad (los derechos no existen para realizar la idea de voluntad jurídica abstracta, sirven al contrario para garantizar los intereses de la vida, para ayudar a sus necesidades, para realizar sus objetivos, señala el autor en la p. 325 de su obra).

No obstante, la crítica a la autonomía de la voluntad en el Derecho civil tiene consecuencias más complejas que en el ámbito internacional privado, ya que implica poner en entredicho la Filosofía del Derecho entera que la inspiraba.

²³ Tres son las grandes críticas que se hacen al autonomismo individualista: por un lado, que no todo el Derecho privado puede estar regido por la voluntad, ya que hay ramas en las que la ley debe intervenir (familia, por ejemplo); por otro, que es utópico pensar que los contratantes son iguales (piénsese en los contratos entre empresarios y empleados; productores, distribuidores y

individual no es la única fuente de derechos subjetivos, ya que el hombre es un ser social, de tal manera que la voluntad individual no es ni puede ser el único fundamento del Derecho, ni la libertad el único objetivo. Así pues, esa voluntad debe ser ejercida conforme al interés social, lo cual da pie a que incluso el legislador pueda intervenir y generar obligaciones para el individuo en nombre de la protección al débil²⁴. Pero es, sobre todo, la aparición en 1900 del BGB alemán, donde se consagra la concepción social del Derecho, lo que supuso un fuerte cuestionamiento del Code y sus principios individualistas, llegándose a la conclusión prácticamente generalizada entre la doctrina de que había que moderar el individualismo jurídico absoluto y el culto a la autonomía de la voluntad que ello implicaba²⁵. En el trasfondo de esa crisis latía una pregunta, que creo conviene volver a plantearse en la actualidad, que es ¿en qué medida la voluntad individual puede ser fuente de Derecho y de derechos –en el sentido señalado–? ¿Cuál sería o debería ser su relación con la ley?

La consecuencia fundamental de esa crisis en el Derecho civil ha sido el establecimiento de limitaciones a la autonomía de la voluntad por parte de la jurisprudencia y el legislador, a las que luego haremos referencia. No obstante y a pesar de esa crisis, el concepto de autonomía de la voluntad ha permanecido en el Derecho civil y es uno de los principios fundamentales que ha dominado y domina el ámbito de la contratación y que, como veremos, incluso está adquiriendo nuevas aplicaciones, desplegándose en otros ámbitos civiles en los que, tradicionalmente, había estado ausente. Lo cual le lleva a adquirir nuevo vigor en la actualidad.

2.2 Significado de la expresión

Etimológicamente, la expresión "autonomía de la voluntad" significa el poder que tiene la voluntad de darse su propia ley. No obstante esta expresión tiene distintos sentidos según el punto de vista, filosófico o jurídico, desde el que se esté hablando.

Desde un punto de vista filosófico, sin duda este principio tiene su mejor y mayor expresión en Kant y es por ello por lo que se le suele atribuir

Continuación nota ²³

consumidores; o profesionales y profanos en la materia), de modo que no todo contrato es forzosamente justo; y, por último, que el juego de la autonomía de la voluntad puede ser un obstáculo a una economía más racionalmente planificada. BUFFELAN-LANORE, Y., *Droit Civil* (Deuxième année), 9ª ed., París 2004, p. 81.

²⁴ RANOUIL, *L'autonomie de la volonté...*, op. cit., p. 130.

²⁵ RANOUIL, *L'autonomie de la volonté...*, op. cit., p. 132.

a él la creación de la expresión jurídica. Cuando Kant habla de la autonomía de la voluntad, está designando el principio supremo de la moralidad: la libre elección que tiene el hombre de darse la ley moral y someterse a ella. El principio de autonomía él lo formula de la siguiente manera: "condúctete de tal modo que la máxima de tu voluntad pueda servir en toda circunstancia como principio de legislación universal"²⁶.

A nivel jurídico, sin duda hay influencia de ese pensamiento kantiano, pero es una influencia indirecta²⁷, ya que el concepto jurídico "recrea" de alguna manera el concepto kantiano. Jurídicamente, hablar de autonomía de la voluntad es decir que la voluntad es fuente y medida de los derechos subjetivos, siendo de esta manera un órgano creador de Derecho²⁸. Es la forma de decir que la voluntad tiene poder para crear derecho, para crear su propia ley de derecho (frente a la concepción kantiana que designa el poder de la voluntad de crear su propia ley moral). De este principio se derivan y refuerzan otros muchos existentes en Derecho privado, como la libertad contractual, el consensualismo, el respeto a la voluntad de las partes en la ejecución e interpretación del contrato (una interpretación que busca más la intención de las partes que el sentido literal de los términos empleados), la fuerza obligatoria del contrato, su relatividad, la libertad de forma (contratos consensuales y no solemnes)...

En este concepto se condensa la Filosofía del Derecho del siglo XIX que dominó el pensamiento jurídico de la época: el individualismo jurídi-

²⁶ KANT, I., *Critik der praktischen Vernunft*, 1788. KANT señala que un valor moral exige obediencia, independientemente de los resultados, por la única razón de que se trata de un valor moral. Habla de la decisión moral: un acto no es moral sino porque proviene exclusivamente de la decisión de obedecer a la ley moral. *Yo debo* es la única motivación moral: se trataría de una llamada, de una exigencia desnuda. *Yo debo*. Así, para Kant, la obediencia al deber no sería algo que se opone o que presiona sobre la libertad, sino más bien al contrario, sería la *libertad misma*; esa facultad de autonomía que el ser humano posee y que le impide ser juguete de sus sentimientos y afectos, permitiéndole imponerse a sí mismo, por la *buena voluntad*, el respeto del deber (*autos*; "sí mismo"; *nomos*; "ley"). ¿Qué sería entonces esa *buena voluntad*? Pues sería aquello que en el sujeto quiere estar de acuerdo con los valores morales. Las inclinaciones, deseos, etc., a menudo quieren dirigir al sujeto hacia otra cosa, ya que dependen de realidades exteriores. Es ahí donde entraría en juego la voluntad, que dice Kant que deviene en *buena voluntad*, cuando quiere coincidir con los valores morales. Por tanto, *la buena voluntad se daría a sí misma su ley*. Es lo que Kant llama la *autonomía de la voluntad*. Y esa autonomía no es en absoluto sinónimo de arbitrariedad, sino que es el estatuto de la voluntad que se da a sí misma su ley. Esta ley es la *obediencia al deber*: *yo debo*. Obediencia, libertad y autonomía estrechamente ligados, por el reconocimiento del deber y la decisión de adecuar las acciones a él.

²⁷ Insiste en la idea de influencia indirecta RANOUIL, *L'autonomie de la volonté...*, op. cit., p. 53.

²⁸ Gounot, E., *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé, contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*, París, 1912, p. 9. En el mismo sentido, RANOUIL, *L'autonomie de la volonté...*, op. cit., pp. 9 y 70.

co, que considera al individuo como una voluntad libre, aislado del medio social, único objeto, fundamento y fin del Derecho²⁹. Así, pues, se puede decir que detrás de esta fórmula hay toda una filosofía del hombre, una teoría del fundamento y finalidad del Derecho.

En este sentido es de reseñar, también, que la filosofía del voluntarismo jurídico (presente en Suárez, Grocio, Hobbes, Puffendorf, o Locke) data del siglo XVI y, por tanto, es bastante anterior a lo acontecido en estas fechas con la doctrina jurídica de la autonomía de la voluntad. Pero hay que decir que es a finales del XVIII y, fundamentalmente, en el XIX cuando los postulados de la filosofía del voluntarismo son asimilados por parte de la ciencia jurídica, gracias al impacto del liberalismo político y filosófico-económico que encuentran sus máximos exponentes en las obras de Rousseau y Kant respectivamente³⁰.

Así pues, con relación a Kant se puede decir, que si bien no es el autor de la expresión jurídica "autonomía de la voluntad", sí que ha contribuido a que se integre el voluntarismo en la ciencia del Derecho. Y una vez inserto el voluntarismo en el ámbito jurídico, se entiende que la libertad individual en la que se apoya, no puede verse restringida más que por la propia voluntad. De ahí que en su aplicación en el ámbito patrimonial en su época de mayor esplendor se haya entendido que las obligaciones sólo pueden surgir de esa voluntad y no de una autoridad externa y superior. Y por ello también que se haya entendido que la voluntad de las partes es la que da fuerza al contrato, y el libre juego de la voluntad el que debe conducir ese contrato a la productividad. De tal manera que el legislador debe dejar a la voluntad autónoma de las partes toda libertad de expresión y no intervenir más que en casos excepcionales cuando el orden público esté en juego.

III. EL JUEGO DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN DERECHO CIVIL

Así pues, la autonomía de la voluntad nació y encontró su ámbito de aplicación y desarrollo privilegiado en el Derecho privado, en concreto, en el Derecho civil. Área esta que se dedica a regular las relaciones entre los particulares y la situación jurídica del individuo y que, por razones históricas y lógico-jurídicas, tradicionalmente lo ha hecho por medio de

²⁹ RANOUIL, *L'autonomie de la volonté...*, op. cit., p. 139.

³⁰ BUFFELAN-LANORE, *Droit Civil...*, op. cit., p. 80.

normas dispositivas, es decir, dando más importancia a la voluntad, la libre disponibilidad e iniciativa privada.

El Derecho privado, como regla, no regula coactivamente las relaciones entre particulares, ni impone un determinado contenido a esas relaciones sino que permite que los particulares se relacionen o no y establece un contenido modelo de esas relaciones sólo para el caso en el que las partes no deseen o hayan previsto otra cosa. Este juego de la autonomía tradicionalmente ha tenido un contenido distinto según el negocio jurídico de que se tratara, así ha sido amplísimo en los contratos, abarcando la posibilidad de contratar o no contratar, la forma (verbal, documento público o privado) y el contenido (los pactos); mientras que en otros casos se encontraba más limitado, por ejemplo en el testamento donde se deben respetar las legítimas o en el matrimonio donde la libertad se refiere a contraer o no y al régimen económico, pero una vez contraído supone unos deberes y obligaciones coactivos.

3.1 La autonomía de la voluntad en el ámbito patrimonial

Dentro del Derecho civil ha sido en el ámbito patrimonial donde la autonomía de la voluntad, desde su nacimiento hasta hace unas décadas, ha encontrado su lugar de expansión. Si bien no aparece formulado en cuanto tal en los Códigos civiles, por las razones antes expuestas, sí que la idea de libertad de estipulación y minimización de las intervenciones estatales está contenida en todos, en sede de obligaciones y contratos. Así, el art. 1091 de nuestro Código Civil señala que las convenciones libremente contraídas tienen valor y fuerza de ley entre quienes las han celebrado. O, también, el art. 1255 CC. español, el más citado cuando se trata de hablar de la autonomía de la voluntad, indica que los contratantes tienen la posibilidad de fijar libremente el contenido y los efectos del contrato³¹. Tanto es así que los Códigos se limitan, en sus disposiciones relativas a la contratación, a establecer normas de carácter supletorio o dispositivo que, en la mayoría

³¹ La autonomía de la voluntad ampara, además de lo dicho, la posibilidad de modificar por pacto las cláusulas ya convenidas, así como los requisitos naturales y accidentales del contrato (no, por el contrario, los esenciales), o cuantas inodificaciones se deseen sobre las normas dispositivas de un contrato típico. Ampara también la posibilidad de crear relaciones contractuales atípicas, en las que las partes "pueden convenir su antojo (...) la regulación de sus intereses" [STS 22-12-2000 (RJ 10137)]; o contratos mixtos, complejos o coligados. Contratos todos ellos que se regirán por lo establecido por la voluntad libremente concertada y, en su defecto, por la doctrina general de las obligaciones y contratos y por las normas del contrato tipo más afín o análogo a él. Incluso al amparo del art. 1255 se ha admitido la posibilidad de constituir nuevas figuras de derechos reales [RDGRN 4-3-1993 (RJ 2471)].

de los casos, sirven para rellenar las lagunas que los contratantes hubieran dejado al pactar.

Tal ha sido la concepción del contrato como categoría unitaria: concepción voluntarista; subjetivista, en que lo importante es el individuo, su voluntad personal y el momento de la formación del contrato como punto de referencia; concepción fundamentada en la fuerza moral de la palabra dada y en la hipotética igualdad entre las partes contratantes. Esa libre voluntad es la que rige e imprime variedad y carácter a las relaciones contractuales. Lo que las partes quieren es lo que tiene prioridad sobre las derogables normas dispositivas que existan en ese punto.

Sin duda una concepción del contrato como ésta, en la que se da amplio margen a la expresión de la autonomía de la voluntad, encuentra su pilar en el consentimiento que es el que presta unidad a la relación contractual surgida, además de proyectarse en la interpretación e, incluso, en la integración del contrato. Así pues, de los tres requisitos esenciales para la validez del contrato, el consentimiento es aquel en el que mejor se plasman el principio de la autonomía de la voluntad y, su máximo exponente, el principio de libertad contractual.

3.2 Límites a la autonomía de la voluntad

Como ha quedado señalado, la expresión autonomía de la voluntad se formula precisamente cuando está en plena crisis el concepto y cuando la necesidad de una autonomía limitada se hace más evidente. Es decir, que si bien se reconoce a la voluntad el poder ser fuente de Derecho –su papel como creador de Derecho–, al mismo tiempo se señala la necesidad de que este papel esté forzosamente limitado.

En Francia las limitaciones a la autonomía de la voluntad son, por un lado, el orden público y la moral social o buenas costumbres (recogidos en el art. 6 del Code), y por otro, la equidad –justicia contractual, equilibrio de las prestaciones– y la buena fe o sinceridad de las relaciones³². En nuestro Código Civil, el art. 1255, al mismo tiempo que da un amplio margen de actuación a la autonomía de la voluntad en el ámbito patrimonial, establece también unos límites genéricos: la ley, la moral y el orden público. Y junto a estos límites que miran lo convenido en relación con el exterior (ordenamiento jurídico en el que se inserta y realidad social), también existen otros límites que miran más hacia el interior del contrato,

³² BUFFELAN-LANORE, *Droit Civil...*, op. cit., pp. 82 y 83.

como son todas las indicaciones que el legislador hace a lo largo de las disposiciones concretas relativas a los contratos en particular en las que se adivina su intención de evitar que los contratantes haciendo uso extremo de su libertad, alteren la esencia del contrato³³. En este mismo sentido también se ha de entender que la voluntad tiene que verse ordenada en razón del objeto, conjugándose la autonomía privada con la disciplina emanada y exigida por cada objeto en concreto³⁴. Sumisión que es lógica, ya que la autonomía de la voluntad no está reñida sino incardinada en la composición racional de prestaciones y vínculos.

La trascendencia y valor de estos límites nos lo indica la sanción que lleva aparejada su violación, que es la nulidad de lo así actuado. En caso de que la violación se pueda circunscribir a alguna cláusula o estipulación concreta, su nulidad no afectará a las demás, pudiendo existir en un mismo contrato "pactos válidos y pactos nulos, sin que la nulidad trascienda a la totalidad del negocio" [STS 22-4-1988 (RJ 3275)].

En definitiva, las partes pueden establecer entre sí las relaciones que quieran, pero no de forma ilimitada, su libertad no es absoluta. La existencia de estos límites viene a señalar que la voluntad individual carece de aptitud para producir efectos jurídicos si no está inmersa en una realidad objetiva y social que la reconozca. Al señalar límites se quiere poner de relieve también que la voluntad individual no es plenamente autónoma, de tal manera que son pocos los casos en los que se puede obligar uno a sí mismo –con eficacia temporal–, sino que para crear una situación jurídica amplia y perdurable hace falta ponerse de acuerdo con otra voluntad individual, de modo que una voluntad individual no es suficiente, sino que hace falta un acuerdo, siendo la conjunción de voluntades más que la voluntad individual lo que cuenta para el Derecho. Pero incluso en ese caso, las voluntades individuales reunidas, están bien lejos de ser autónomas, porque gozan de unos límites, ya que ese acuerdo se produce y se lleva a cabo en un mundo jurídico organizado que garantizará y protegerá su rendimiento³⁵. Por muy libre que sea ese acuerdo, no es una entidad cerrada en sí misma sino que se proyecta sobre una realidad objetiva y su contenido puede ser rechazado por el ordenamiento –criterio social de valoración del mismo– como no merecedor de tutela. La voluntad que es más efímera,

³³ Tal es el caso del depósito, por ejemplo, cuando se establece la prohibición de usar de la cosa depositada por parte del depositante (con excepción del depósito irregular).

³⁴ SAN JULIÁN PUIG, V., *El objeto del contrato*, Pamplona, 1996, capítulo primero, apartado 1.2.3.

³⁵ LOUIS-LUCAS, P., "L'autonomie de la volonté en droit privé interne et en droit international privé", en *Etudes de Droit Civil à la Mémoire d'Henri Capitant*, París, 1939, pp. 469 y 488.

debe respetar la organización social que es más estable, debiendo moverse la primera dentro de los límites señalados por la segunda.

3.3 Giro operado en cuanto a las áreas de influencia de la autonomía de la voluntad

Hasta aquí lo que ha sido tradicionalmente el juego de la autonomía de la voluntad circunscrito fundamentalmente al área del Derecho privado patrimonial (contratos fundamentalmente y derechos reales de origen contractual). Quedaban al margen del despliegue del juego de la autonomía de la voluntad las otras áreas del Derecho civil (derecho de la persona y familia) por entender que son materias que afectan al orden público. Por ello, por interesar a la estructura de la organización de la sociedad, se consideraba que la autonomía de la voluntad debía tener un papel reducido, siendo materia indisponible que debía ser regulada por normas de carácter imperativo.

No obstante, hace algún tiempo que las cosas han sufrido modificaciones de tal manera que parece haberse invertido esta línea de actuación tradicional. Así, en el ámbito de las relaciones patrimoniales se ha limitado el juego de la autonomía de la voluntad, sustituyéndose por regulaciones imperativas de la materia; al tiempo que en las relaciones familiares –últimamente también en el área relativa a persona–, en las que tradicionalmente el juego de la autonomía de la voluntad se hallaba muy limitado, en los últimos años ésta ha pasado a desempeñar un papel de importancia desconocida³⁶.

Ello pone de manifiesto la existencia de un cambio social y político acerca de cuáles son los campos más necesitados de control social: si antes

³⁶ Ya lo apuntaban LACRUZ BERDEJO, J.L., "Un nuevo contractualismo en el Derecho familiar", en *La Ley*, 1982-3, pp. 727 y ss.; y Díez PICAZO, L., "La figura del convenio regulador en el marco del negocio jurídico familiar y de los principios constitucionales del Derecho familiar", en *Familia y Derecho*, Madrid, 1984, pp. 87 y ss.

El mismo fenómeno también se ha producido en otros países, así PERREAU-SAUSSINE pone de relieve también el progreso de la autonomía de la voluntad en el dominio del Derecho de familia del que tradicionalmente había estado excluido (*Autonomie de la volonté et droit patrimonial de la famille en droit international*, París, 1997); y GIACOPELLI dice que el viento de la autonomía de la voluntad sopla sobre la reforma del Derecho de familia (GIACOPELLI-MORI, M., "L'autonomie de la volonté dans les conventions entre époux divorcés", *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 2001, N° 3, p. 528).

Incluso también en el ámbito de la sucesión internacional que tradicionalmente se ha dicho que estaba condicionada por la ley del lugar de situación de los bienes, de tal manera que el causante por su voluntad no podía hacer que su sucesión escapara a las reglas imperativas aplicables, se ha visto también afectado entendiéndose que se debe dejar a la autonomía del causante la elección de la ley aplicable al conjunto de la sucesión. FRANÇOIS, L., "Réflexions sur l'autonomie de la volonté en matière de dévolution successorale", *Sémaine Juridique*, 2003, N° 31-35, art. 1476, pp. 1212 y 1215.

eran las relaciones de índole familiar las consideradas como objeto de una regulación más estricta, por su interés social, hoy, han pasado a ser contempladas como medios para "el libre desarrollo de la personalidad individual", en línea con la declaración del artículo 10 de la Constitución, por lo que el papel de la voluntad individual en su nacimiento y contenido cobra nuevo alcance, quedando relegado el del Derecho al de garante del orden público constitucional. Por el contrario, el campo patrimonial, en el que anteriormente jugaba con mayor amplitud la autonomía de la voluntad, en línea con los principios del liberalismo burgués e individualista del siglo XIX, ha pasado ahora a ser esfera de atención —y actuación— preferente por parte de los poderes públicos, como consecuencia de los abusos a los que condujo la combinación de los principios de igualdad formal y libertad de contratación y de la nueva sensibilidad socio-política.

3.3.1 Limitación de la autonomía de la voluntad en el ámbito patrimonial

El incremento de injerencias del poder público en el ámbito de la contratación ha llevado a un menoscabo de la libertad de conclusión y libertad de configuración interna del contrato o, como dice Savatier, a una crisis por "sustitución de la voluntad de las partes" por "la sustitución o imposición de los efectos del contrato"³⁷.

La irrupción del Estado en el ámbito de las relaciones privadas contractuales mermando la autonomía de la voluntad, como facultad de autodecisión, autorregulación y autoobligación, se ha dado y debido a múltiples causas. Por un lado encontramos lo que se puede denominar una causa general, que es el cambio de un Estado liberal a un Estado social³⁸. Este cambio ha supuesto la intervención de los poderes públicos en el proceso de circulación de la riqueza. Intervención que se aprecia en los dos momentos extremos de este proceso: por un lado, se ocupa de la ordenación de los factores de producción y materias primas³⁹; y de otro, en el momento en que los bienes y servicios se ponen en circulación, al servicio del "gran

³⁷ SAVATIER, R., *Les métamorphoses économiques du droit civil d'aujourd'hui*, París, 1952, pp. 61 y ss.

³⁸ El crecimiento en la injerencia del Estado se debe al "paso de un Estado liberal, mero espectador de los acontecimientos, a un Estado social, definidor, promotor y garante del bienestar público —nueva versión del Bien Común—", lo cual "implica también el paso de un Derecho protector de los intereses individuales, de los derechos subjetivos, a un Derecho instrumento del Estado para que éste realice sus fines". CRUZ LAGUNERO J. M. y CUENCA ANAYA, F., "Influencia del Derecho público sobre el Derecho de contratación", en *Revista de Derecho Notarial*, 1988 (140), p. 96.

³⁹ "Indudablemente, la abundancia o carestía de los factores de la producción son circunstancias que estimulan o deprimen las actividades económicas ulteriores de transformación, e inciden

público". En ambos momentos, las derogaciones que se producen sobre el principio de autonomía de la voluntad, son por razón del objeto de la relación jurídica. Tenemos así la proliferación de contratos forzados u obligatorios, que limitan la facultad de contratar o no contratar; y de contratos normados y de adhesión, que ponen cortapisas a la facultad de decidir el contenido del contrato⁴⁰.

Estarealidad la encontramos ya no sólo en los contratos que versan sobre servicios públicos —como el transporte o el agua— en los cuales es lógico, pues el propio objeto lo impone⁴¹; sino en cualquier otro para, a través de cláusulas, prohibiciones o mandatos de Derecho imperativo, evitar la especulación, la usura o tutelar al débil frente al fuerte. En estos casos, la injerencia de los poderes públicos, se encuentra legitimada por la defensa del interés general y por la satisfacción de las necesidades de la comunidad. Intereses y necesidades generales que son juzgados preferentes a los individuales. Es de este modo como la presencia del Estado y el Derecho imperativo, no sólo se circunscribe al área administrativa, sino que se filtra a otros ámbitos de la contratación como el mercantil (v.g. en materia de seguros) y el civil (v.g. en materia de arrendamientos urbanos^{42,43}).

Continuación nota ³⁹

fuertemente en la balanza comercial de cada país. Por ello, los poderes públicos no pueden, en este campo, limitarse al riguroso respeto del 'laissez faire', propio de los puros esquemas liberales, ni siquiera en los países que siguen fieles al juego de la economía de mercado". CRUZ LAGUNERO y CUENCA ANAYA, "Influencia del Derecho Público...", cit., p. 116.

"Al sustraerse a la autonomía de la voluntad la facultad de regular la relación contractual, el poder de establecer la norma autónoma vinculante para las partes (sustracción que puede ser total o parcial), se incide, además de en la libertad contractual, en la fuerza obligatoria del contrato que ya no es una ley privada, puesto que el contenido no ha sido libremente determinado. MORIN, G., *La révolte du droit contre le Code. La révision nécessaire des concepts juridiques (contrat, responsabilité, propriété)*, París, 1945, pp. 13 y ss.

⁴¹ "Le contrat administratif se définit pour l'essentiel par la combinaison de deux critères. D'une part, un critère organique (sauf exception, un contrat ne peut être réputé administratif que si l'un au moins des cocontractants est une personne morale de droit public, c'est à dire l'Etat, une collectivité territoriale ou un établissement public); d'autre part un critère matériel, qui a trait à l'objet du contrat (l'exécution même d'un service public), ou à son contenu (la présence d'une clause exorbitante du droit commun)". DE LAUBEDERE, A., MODERNE, F., DÉVOLVÉ, P., *Traité des contrats administratifs*, París, 1983, p. 275. En el mismo sentido: LAMARQUE, J., "Les difficultés présentes et les perspectives d'avenir de la distinction entre les contrats administratifs et les contrats de droit privé", en *AJDA*, 1961, N° 123; y PREVOST, J. F., "A la recherche du critère du contrat administratif", en *Revue droit publique*, 1971, N° 817.

⁴² Como señalan las sentencias del Tribunal Supremo de 8 de junio de 1965/R.A.J 35321 v de 10 de junio de 1965/R.A.J 36071, en el contrato de arrendamiento urbano predominan los designios legales sobre la voluntad de los interesados, particularmente la del propietario, al que casi le bastaría cuando entrega la vivienda o local en arrendamiento una remisión a la ley especial, sin tomarse el trabajo de redactar cláusulas.

⁴³ Algunos ejemplos de esa filtración, en razón de la intervención del poder público en la economía, pueden verse en CRUZ LAGUNERO y CUENCA ANAYA, "Influencia del Derecho público...", cit., pp. 109 a 111.

Sin centrarnos en el área civil, además de esa injerencia directa de los poderes públicos, resulta interesante el empleo por parte del mismo Derecho civil de mecanismos e instrumentos considerados como propios del Derecho público en materia contractual. En concreto, me refiero a la limitación del juego de la autonomía de la voluntad, que va a ser sustituido por la regulación imperativa de la materia⁴⁴. La aplicación de estos instrumentos se debe a la constatación de que la combinación de los principios de igualdad formal y libertad de contratación, en los que se basa la autonomía de la voluntad, aplicados al ámbito patrimonial de la contratación, pueden generar –y generaban– abusos en las relaciones contractuales. Efectivamente, una libertad absoluta en unas relaciones que, la mayor parte de las veces, no son igualitarias por existir diferencias entre ambas partes contratantes, producen un desequilibrio en la relación con perjuicio de la parte más débil (el menos informado, el no profesional, la persona física frente a la jurídica...).

Se ponía así de manifiesto que la autonomía de la voluntad nacida del individualismo en que se basaba el Código Civil (la mayor parte de los Códigos civiles de influencia francesa, como es el nuestro) estaba pensando en unas circunstancias muy distintas a las que luego se daban en la práctica. El Código Civil se redactó tomando como centro al individuo y el deber de protegerlo en su esfera privada frente a las injerencias del Estado (de un Estado, por otro lado, bien distinto al actual), de modo que la libertad (de pacto, de testar, de capitular) que se plasma en el Código es eminentemente individualista. Frente a esto, la evolución operada con el transcurso del tiempo, ha llevado a la consideración, por parte del Derecho, de la persona en su integridad, no sólo en su vertiente individual sino viendo la necesidad de incluir también su vertiente social –como ha quedado visto en el epígrafe relativo al origen y evolución operado en el concepto de la autonomía–. Lo cual ha supuesto el que la libertad también sea integral y, precisamente para que así sea, se ha tenido que acudir a la intervención del Estado, o de mecanismos de Derecho público, para establecer límites a esa autonomía de la voluntad, como una forma de proteger al débil o los intereses generales que de otro modo quedaban desprotegidos por el excesivo individualismo anterior⁴⁵ (piénsese por

⁴⁴ Lo que MARTÍNEZ DE AGUIRRE llama, muy gráficamente, "la puhlificación de las técnicas civiles". MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C., *El Derecho civil a finales del siglo XX*, Madrid, 1991, p. 129.

⁴⁵ Esta explicación se encuentra ampliamente desarrollada en: DORAL GARCÍA, J. A. y PASQUAU LIAÑO, M., "Unidad y pluralidad en el Derecho civil", en *Anales de la Cátedra F. Suárez*, N° 22, 1982, pp. 15-17 y 23-25.

ejemplo, en la regulación actual en materia de consumidores⁴⁶). Así pues con estas medidas, se supera la concepción individualista originaria de la autonomía de la voluntad que parte de una dimensión parcial de la persona, recuperando su dimensión social. A partir de ahí, las relaciones se han de plantear en los términos de un equilibrio entre lo individual y lo social.

En definitiva, todo esto nos indica también un cambio en la función tradicional del contrato que ha dejado de ser exclusivamente el medio por el que se regulan los intereses privados para pasar a ser un cauce de ordenación de las relaciones económicas e intereses sociales. De tal manera que la concepción contractual contenida en el Código Civil se ve también afectada: de un contrato individual, en el que el acento se sitúa en la estructura y los elementos (y dentro de ellos, fundamentalmente, en el consentimiento); se pasa a un instrumento que regula las relaciones económicas y sociales. De un sistema que trataba de establecer los derechos del individuo frente al Estado y de defenderlos frente a cualquier intromisión de éste; a un sistema que necesita del Estado para garantizar el ejercicio efectivo de los derechos subjetivos de las personas, exigiéndole una actuación concreta que, en este caso, se plasma en la limitación de la autonomía de la voluntad en el área patrimonial. Así pues se modifica "el centro de gravedad del sistema; que va desplazándose insensiblemente desde el plano de la voluntad individual hacia el significado típico del negocio e incluso –más radicalmente– hacia la propia función general que el contrato ha de satisfacer en un sistema de economía social del mercado, comprometida en el difícil equilibrio de asegurar una distribución más

⁴⁶ La regulación específica en materia de consumidores, nace a consecuencia de los nuevos problemas que surgieron de la masificación y la colectivización derivados de la organización económica y social. Fruto de las sucesivas revoluciones industriales, los bienes se fabrican, distribuyen, compran y consumen en masa y, en consecuencia, sus efectos afectan a una gran cantidad de personas (Vid. VALLET DE GOYTISOLO, J. B., *Sociedad de masas y Derecho*, Madrid, 1968; y Díez-PICAZO, L., *Derecho y masificación social. Tecnología y Derecho*, Madrid, 1979). Ante esta situación se plantearon una serie de exigencias sociales desde las que se acusaba al Derecho civil de carecer de los mecanismos adecuados para brindar las soluciones precisas (muy gráficamente, CARRASCO PERERA: "es en el fenómeno colectivo donde el Derecho civil cojea (...) es el tapón mal encajado por donde se vacía el agua del Derecho civil", *El Derecho civil: señas, imágenes y paradojas*, Madrid, 1988, pp. 14 y ss.). La respuesta a estos problemas vino a través de mecanismos específicos de protección del "contratante débil", para reequilibrar la desigualdad que los cambios sociales introducían. Así es como se construyó la categoría de "consumidor" como sujeto especialmente digno de protección (Vid. BOTANA GARCÍA, G. A., "Noción de consumidor en el Derecho comparado", en *Estudios sobre Consumo*, 1990, N° 18, pp. 51-62; KLESÁ DOSI, L., "Lo status del consumatore: prospettive di diritto comparato", en *Rivista del Diritto Civile*, 1997, N° 6, pp. 667-687). En tomo a esta categoría se reúnen cada día más normas protectoras de carácter imperativo para atajar los desmanes que puede llegar a producir la autonomía de la voluntad.

igualitaria y más justa, sin mengua de la libertad necesaria para asegurar una amplia circulación de la riqueza⁴⁷.

En definitiva, se puede hablar de un crecimiento del Estado que conduce a su presencia en todos los aspectos de la vida social, incluido el terreno patrimonial-contratual que ahora nos ocupa. No obstante, esto no puede llevar a la conclusión de que se ha producido un giro radical en la contratación, pasándose de la libertad absoluta a la absoluta intervención, porque no es así. La intervención es cierta y el cambio visible, pero no afecta con uniformidad a los diversos tipos contractuales. Lo que sí se puede decir es que la autonomía de la voluntad concebida como gran ámbito de actuación individual en los orígenes, en la actualidad se ve mermada y constreñida por los principios que el Estado quiera defender en cada momento en su política social y económica.

3.3.2 Nuevo despliegue de la autonomía de la voluntad en el ámbito personal-familiar

Así como acabamos de ver que en el área patrimonial llegó un momento en que se observó que la autonomía de la voluntad de corte individual generaba abusos en las relaciones contractuales civiles, y ello condujo al establecimiento de mecanismos que potenciaran una libertad integral real del individuo que se tradujeron en la intervención del Estado estableciendo límites a la autonomía de la voluntad a favor de un equilibrio de las relaciones contractuales; en las áreas del Derecho de familia y persona, poco a poco se viene observando el empleo del mecanismo contrario, es decir, la eliminación de los límites o barreras que se entiende que entorpecen el despliegue de la autonomía de la voluntad en este ámbito.

Esto se ha debido a un cambio considerable en la forma en que estas áreas son vistas y entendidas. Tradicionalmente, como ha quedado dicho, el juego de la autonomía de la voluntad en ellas ha estado muy limitado por ser consideradas materias de orden público, materias en las que estaba en juego la estructura social, la organización de las relaciones en la sociedad, por ello su regulación quedaba casi en exclusiva a cargo de leyes imperativas. No obstante, en los últimos años, se ha pasado de esa óptica social y organizativa, a una óptica individual personal, desde la que son vistas como medios para "el libre desarrollo de la personalidad individual". Lo cual las pone en íntima conexión con la declaración del apartado primero

⁴⁷ SÁNCHEZ Andrés, A., "El control de las condiciones generales en Derecho comparado: panorama legislativo", en *Revista de Derecho Mercantil*, 1980, p. 389.

del art. 10 de la Constitución⁴⁸, en una de las manifestaciones de lo que se ha dado en llamar la "constitucionalización del derecho civil". La consecuencia directa de esta nueva óptica es que estas áreas han quedado abiertas al despliegue de la voluntad individual en su nacimiento y contenido.

En lo que al Derecho civil se refiere, la promulgación de la Constitución de 1978 tuvo como consecuencia directa dos efectos en lo que ahora nos interesa. Por un lado, a partir de ella se empieza a hablar de la despatrimonialización como tendencia normativo-cultural⁴⁹. Despatrimonialización que no puede ser entendida en el sentido de expulsión del Derecho Civil de las instituciones y valores patrimoniales, ello significaría tanto como amputar al Derecho Civil un miembro esencial, sino en el sentido de superación de la patrimonialidad en sí misma, de subordinar las instituciones y valores patrimoniales a los personales. Lo cual implica recordar que las instituciones patrimoniales son instrumentos para el desarrollo integral de la persona. La Constitución coloca a la persona por delante del interés económico, de modo que las relaciones patrimoniales mismas son las que se ponen en función de la lógica de respeto a la dignidad de la persona y no al revés⁵⁰. De esta manera, se ha dicho que la Constitución devuelve al Derecho Civil su verdadero sentido, ya que el Derecho Civil trata ante todo del estatuto jurídico de la persona⁵¹.

Junto a este primer "efecto" de la Constitución sobre el Derecho Civil, se viene a sumar otro que ha ido tomando relevancia paulatinamente y que se deriva del primero. Y es que esta vuelta del Derecho Civil hacia la persona, ha supuesto el realce de la dimensión "doméstica" o intimista de la persona, en la que se acomodan los derechos de la personalidad. Lo cual ha conducido a que el Derecho Civil haya pasado a tener en cuenta también las "aspiracio-

⁴⁸ El párrafo primero del art. 10 de la Constitución española de 1978 dice así: "La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden público y de la paz social".

⁴⁹ Perlingieri señala que con el término despatrimonialización se designa el hecho de que en el ordenamiento se haya producido una elección que va operándose lentamente entre personalismo (superación del individualismo) y patrimonialismo (superación de la patrimonialidad en sí misma, del productivismo primero y del consumismo luego, como valores). PERLINGIERI, P., "Depatrimonializzazione" e diritto civile", en *Rass. Dir. Civ.*, 1983, pp. 1-4.

También sobre la despatrimonialización, véase, DONIS, "Verso la depatrimonializzazione" del diritto privato", en *Rass. Dir. Civ.*, 1980, p. 644; y DE CUPIS, "Sulla depatrimonializzazione" del diritto privato", en *Rivista del Diritto Civile*, 1982.11, p. 482.

⁵⁰ GIL RODRÍGUEZ, J., "Acotaciones para un concepto del Derecho civil", en *Anuario de Derecho Civil*, 1989, p. 370.

⁵¹ HERNÁNDEZ GIL, Prólogo a PASCUAL QUINTANA, J. M., *En torno al concepto de Derecho civil*, Salamanca, 1959, p. 7; en los mismos términos, JORDANO BAREA, J. B., "Concepto y valor del Derecho civil", en *Revista de Derecho Privado*, 1962, p. 724.

nes y querencias" del individuo⁵². Es decir, esto ha derivado en una concepción del Derecho civil como ámbito de reconocimiento y desarrollo de derechos individuales, al amparo del libre desarrollo de la personalidad.

En este sentido se puede traer a colación, a modo de ejemplos, los casos acontecidos en nuestro país en materia de transexualismo y de matrimonio homosexual. Ambas son materias que atañen al estado civil y, por tanto, de orden público, tradicionalmente reguladas por leyes imperativas y sustraídas a la autonomía de la voluntad. En el primer caso, a partir de los años ochenta se despenalizaron las operaciones de cirugía transexual y se pasó jurisprudencialmente a reconocer el derecho a que ese cambio tuviera su reflejo registral. La argumentación jurídica de esas resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado (DGRN) señalaba el derecho de todo individuo a desarrollar su persona de acuerdo al sexo al que siente pertenecer y se basaba fundamentalmente en el citado artículo 10,1 de la Constitución. Tanto en esas primeras resoluciones de los años ochenta como en las posteriores hasta hace poco, se señalaba por unanimidad que lo que se modificaba no era el sexo biológico natural sino que, por medio de una ficción jurídica, se pasaba a considerar a esta persona como perteneciente al otro sexo sin que, por lo tanto, ello tuviera relevancia a efectos matrimoniales⁵³. No obstante, poco a poco, esa tendencia jurisprudencial se ha ido modificando hasta llegar al dos mil en que, también al amparo del libre desarrollo de la personalidad, se ha reconocido el cambio a todos los efectos⁵⁴.

⁵² En palabras de GALASSO, "el individuo no aparece ya identificado tanto como centro, esencial, de intereses económica y materialmente definibles cuanto como centro de aspiraciones y querencias de orden psicológico, afectivo o moral". GALASSO, G., "Il diritto privato nella prospettiva postmoderna", en *Temì della cultura giuridica contemporanea*, op. cit., pp. 16-23.

⁵³ "Se trata de un cambio de sexo en el que (...) sólo se produce un cambio social del sexo que por sí mismo no faculta al interesado, mientras no se decida otra cosa judicialmente, a contraer matrimonio con otra persona de su mismo sexo físico. La supresión de las características morfológicas del sexo masculino, por más que vaya acompañada de un tratamiento médico para aparentar el sexo femenino, no pasa de ser un remedio artificial que, si en aras del libre desarrollo de la personalidad justifica que el interesado sea socialmente considerado como mujer, no es bastante para modificar su sexo biológico que es el decisivo desde el punto de vista del derecho a contraer matrimonio". RDGRN 2-9-1991 (RJ 1991, 8611).

⁵⁴ "La sentencia de cambio de sexo no contiene en el supuesto una declaración sobre la falta de capacidad matrimonial, no hay realmente obstáculos legales que impidan al transexual contraer matrimonio con persona perteneciente en realidad a otro sexo, aunque coincidan los sexos biológicos invariables de ambos contrayentes. Desde el momento que una sentencia judicial firme ha ordenado sin limitaciones el cambio de sexo, hay que estimar que este cambio se ha producido a todos los efectos. Si el principio constitucional de desarrollo de la personalidad del artículo 10,1 de la Constitución justifica, tras el síndrome transexual, la correspondiente operación quirúrgica y el tratamiento médico oportuno, el cambio de sexo judicialmente declarado, sería dejar las cosas a medio camino, creando una situación ambigua al modo del reconocimiento de un tercer sexo, si no se entendiera que ese cambio de sexo habría de ser efectivo en todos los ámbitos". Resoluciones de la DGRN 8-1-2001 (RJ 2001, 2568 y 2569) y 31-1-2001 (RJ 2001, 5095).

Por lo que respecta al matrimonio homosexual, el argumento principal que se alega para justificar esta importante modificación del Código Civil, hace referencia también al libre desarrollo de la personalidad⁵⁵. Dice así la Exposición del Proyecto de Ley por el que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio⁵⁶ (los subrayados en cursiva son míos):

"La relación y convivencia de pareja, basada en el afecto, es expresión genuina de la naturaleza humana y constituye *cauce destacado para el desarrollo de la personalidad*, que nuestra Constitución establece como uno de los fundamentos del orden público y la paz social. En consonancia con ello, una manifestación señalada de esa relación, como es el matrimonio, viene a ser recogida por la Constitución, en su artículo 32, y considerada, en términos de nuestra jurisprudencia constitucional, como una institución jurídica de relevancia social que permite realizar la vida en común de la pareja.

Esta garantía constitucional del matrimonio tiene como consecuencia que el legislador no podrá desconocer la institución, ni dejar de regularla de conformidad con los valores superiores del ordenamiento jurídico, y con su carácter de *derecho de la persona con base en la Constitución*. Será la ley que desarrolle este derecho, dentro del margen de opciones abierto por la Constitución, la que, en cada momento histórico y de acuerdo con sus valores dominantes, determinará la capacidad exigida para contraer matrimonio, así como su contenido y régimen jurídico.

(...) La realidad social española de nuestro tiempo deviene mucho más rica, plural y dinámica que la sociedad en que surge el Código Civil de 1889. La convivencia como pareja entre personas del mismo sexo basada

⁵⁵ Arechederra critica la óptica desde la que surge este Proyecto e, indirectamente, alude a la necesidad de volver a situar esta cuestión en el ámbito de organización social. En este sentido afirma que "la iniciativa gubernamental surge desde una perspectiva equivocada: la perspectiva constitucional. Desde ella se pretende garantizar a los españoles el disfrute de los derechos que la Constitución les reconoce. También el derecho a contraer matrimonio. (...) Con esta perspectiva constitucionalista, es el ejercicio de un derecho constitucional el que facilita el acceso al matrimonio, y no la índole del matrimonio la que determina quiénes pueden contraerlo (...). Lo que el matrimonio sea determinará las exigencias para su constitución" y, añade, "¿Puede este derecho (el derecho a contraer matrimonio) pasar por encima de todo lo que encuentra en su camino porque está en juego el despliegue de la personalidad de las personas? Evidentemente no. Si hubiese que admitir la primacía de este derecho sobre la entidad de las instituciones de las que nos servimos para vivir en sociedad, lo más práctico sería abdicar de la absurda pretensión de organizarse". ARECHEDERRA ARANZADI, L., "El matrimonio es heterosexual", en www.unav.es/civil/¿Matrimonio homosexual?

⁵⁶ Este Proyecto ha sido aprobado por el Congreso de los Diputados el 21 de abril de 2005. Actualmente, se encuentra en el Senado para su debate y votación.

en la afectividad ha sido objeto de reconocimiento y aceptación social creciente, y ha superado arraigados prejuicios y estigmatizaciones. Se admite hoy sin dificultad que esta convivencia en pareja es *un medio a través del cual se desarrolla la personalidad de un amplio número de personas*, convivencia mediante la cual se prestan entre sí apoyo emocional y económico, sin más trascendencia que la que tiene lugar en una estricta relación privada dada su, hasta ahora, falta de reconocimiento formal por el Derecho.

(...) El establecimiento de un marco de relación personal que permita que aquellos que libremente adoptan una opción sexual y afectiva por personas de su mismo sexo *puedan desarrollar su personalidad* y sus derechos en condiciones de igualdad se ha convertido en exigencia de los ciudadanos de nuestro tiempo, una exigencia a la que esta ley trata de dar respuesta".

Sin duda, las categorías que se barajan en esta nueva tendencia que lleva al Derecho civil a su "constitucionalización" son esenciales, pero el peligro que se esconde en el empleo que de ellas se haga es derivar en un voluntarismo contrario a la esencia del Derecho. Siempre ha habido una conexión interdependencia mutua entre lo político-social y lo jurídico y así tiene que ser, pero cuando lo jurídico se convierte en un mero instrumento al servicio de lo político-social es cuando empiezan los problemas.

Por otro lado, lo que queda bien claro en todo lo que venimos detallando que está aconteciendo en estas áreas del Derecho civil, es que la autonomía de la voluntad que se despliega al amparo de la aplicación del libre desarrollo de la personalidad, no es el mismo principio de autonomía de la voluntad del que hemos hablado en el ámbito patrimonial. En el ámbito patrimonial ya ha quedado dicho que la óptica, tras la crisis del concepto, es relacional: dos sujetos que se relacionan patrimonialmente deciden, por su voluntad conjunta, cómo va a ser esa relación, deciden y se dan la "ley" por la que se va a regir su relación. Sin embargo, la autonomía de la voluntad que se está desplegando en el ámbito de familia y persona remite más bien a los orígenes filosóficos del concepto kantiano, aunque sin las altas miras de éste. En este ámbito la autonomía de la voluntad de la que se trata remite directamente al individuo y su libertad de darse a sí mismo su propia norma de conducta.

También decíamos que la óptica desde la que se concibe la autonomía de la voluntad en el ámbito patrimonial, es integral, en el sentido de que aglutina la faceta social del individuo; entiendo que es importante integrar también esa faceta en la concepción de la autonomía de la voluntad que se aplica en el ámbito de la familia y persona. No se puede perder de vista que

el ser humano no es un individuo aislado sino que "es en relación" a otros. Y desde ahí, desde esa concepción integral del individuo de quien parte la autonomía de la voluntad, se puede decir que ésta no puede ser ilimitada. Los límites a la autonomía de la voluntad en el área de persona y familia serían los mismos que ya indicábamos en el ámbito patrimonial: la ley, la moral y el orden público, en tanto que límites externos (ordenamiento jurídico y realidad social en los que se inserta el individuo y sus decisiones); y también límites internos que hagan referencia a la esencia de las instituciones en juego y del ser mismo de la persona.

IV. TESTAMENTO VITAL Y AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD

En la introducción señalábamos la conexión que todas las normas que regulan el testamento vital en nuestro país, hacen entre esta figura y la autonomía de la voluntad. Si bien con carácter general en la doctrina se habla de una "transposición benéfica" a esta área de la "maltratada" doctrina de la autonomía de la voluntad patrimonial⁵⁷, tras lo visto y concluido en el epígrafe anterior podemos decir que esta conexión no es exactamente con el tradicional concepto de autonomía de la voluntad patrimonial sino que estamos ante una autonomía de la voluntad que remite a los orígenes, a la libertad del individuo de darse su propia norma de conducta, en este caso, la libertad del individuo de dejar señaladas de antemano las indicaciones relativas a las cuestiones médicas que le puedan afectar llegado el momento en que no pueda decidir por sí mismo. Libertad que se articula a modo de derecho subjetivo.

Los pasos que se han dado hasta llegar al reconocimiento de este derecho han sido los siguientes: por un lado, la Constitución española recoge en su articulado una serie de derechos influida por la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, como la mayor parte de los textos constitucionales coetáneos y posteriores a ella. Entre esos derechos está el de la salud (art. 43 CE). Una vez reconocido este derecho constitucionalmente, se abre la vía para la protección y desarrollo de los derechos subjetivos individuales que de ahí se derivan. Por otro lado, la realidad ha

⁵⁷ En Francia cuando se plantean ya no sólo el testamento vital, sino la regulación del rechazo de los cuidados o tratamientos cuando está en peligro la vida, observan y ponen de relieve "la transposición benéfica de la doctrina de la autonomía de la voluntad, tan maltratada en sede patrimonial, hacia los actos eminentemente personales como son las aspiraciones de cada uno a ser curado, a vivir, a morir y de qué maneras". GRIEDEL, J.P., "Le refus de soins au risque de la mort", *Gazette du Palais*, 20 de junio 2002, N° 171, p. 1003.

puesto de manifiesto que esta área es especialmente sensible a los peligros que se pueden derivar de un uso eventualmente abusivo de las ciencias biomédicas, lo cual ha conducido a la proliferación de documentos y normas de distinta naturaleza a nivel internacional y nacional— a los que ya se ha hecho alusión⁵⁸—, que ponen una especial atención en proteger a los sujetos y potenciar su información, consentimiento y participación en el acto médico que les afecte. Es decir que el desarrollo actual de los derechos subjetivos en esta materia, así como el papel preponderante que se da al sujeto, a su consentimiento, a su voluntad, responde no sólo al reconocimiento constitucional de este derecho, que exige del Estado una actitud positiva en su promoción y protección, sino también a una cierta desconfianza hacia el desarrollo de las ciencias médicas.

Llegados a este punto, la autonomía de la voluntad en el ámbito médico se articula fundamentalmente a través de la posibilidad de decidir sobre la propia salud, o mejor dicho, a través de la posibilidad de decidir los pasos a dar ante la ausencia de dicha salud. De ahí se deriva la trascendental importancia que se da al consentimiento personal del paciente. Consentimiento que es imprescindible para que se le realice cualquier acto médico. En este sentido la ley estatal señala en su art. 2'—donde están recogidos los principios básicos—, párrafos 2 y 3 que: "Toda actuación en el ámbito de la sanidad requiere, con carácter general, el previo consentimiento de los pacientes o usuarios. El consentimiento, que debe obtenerse después de que el paciente reciba una información adecuada (...)" y que "El paciente o usuario tiene derecho a decidir libremente, después de recibir la información adecuada, entre las opciones clínicas disponibles". Es decir que en materia médica, el consentimiento personal del paciente es determinante del acto médico y no una simple adhesión al mismo⁵⁹.

Las formas de expresión de ese consentimiento pueden ser variadas, según prevé la ley: desde el consentimiento prestado por el propio intere-

⁵⁸ Véase nota 2.

⁵⁹ Se insiste también en otras legislaciones extranjeras en la relevancia y papel que se otorga en estas nuevas leyes al consentimiento del paciente. Así, por ejemplo, véase el caso francés, donde se recoge ese principio también en su art. 1111-4 del Código de la Salud Pública según la nueva redacción dada por la Ley N° 2.002-303, de 4 de marzo de 2002, relativa a los derechos de los pacientes y a la calidad del sistema sanitario. Algunos fragmentos de este artículo dicen así: "Toda persona toma, con el profesional de la salud y teniendo en cuenta las informaciones y consejos que él le haya dado, las decisiones concernientes a su salud. (...) Ningún acto médico, ni ningún tratamiento puede ser practicado sin el consentimiento libre y claro de la persona y este consentimiento puede ser retirado en cualquier momento". Véase también el comentario que al respecto realiza CHARBONNEAU, C. y PANSIER, F. J., "Présentation du Titre II relatif à la démocratie sanitaire", *Gazette du Palais*, 4 de mayo 2002, N° 124, p. 691.

sado de forma actual (que es la forma general y, en principio, deseable); pasando por el denominado "consentimiento por representación" (art. 9, 3 ley estatal) para los casos en que el paciente carezca de capacidad para tomar decisiones; hasta el consentimiento expresado de forma anticipada por el propio paciente antes de llegar a la falta de capacidad. El último supuesto nos remite al testamento vital, mientras que el penúltimo, además de acoger el caso de los incapaces naturales o legales tradicionales, ampara también el supuesto del representante o persona de confianza nombrada expresamente por el paciente para cuando devenga incapaz, figura también de nueva creación en nuestras legislaciones.

Así, pues, el consentimiento del paciente es, en el ámbito de las relaciones médicas, un elemento de gran trascendencia. Lo cual no es de extrañar, ya que, como poníamos de relieve al tratar de la autonomía de la voluntad en el ámbito patrimonial (apartado 3.1), el consentimiento es el elemento en el que queda plasmado el principio de autonomía de la voluntad, así como la libertad contractual es su máximo exponente. Estas afirmaciones también se pueden aplicar a esta materia. Es por ello que, a continuación, nos vamos a plantear dos cuestiones que atañen a cada uno de estos dos elementos. Por un lado, si el consentimiento es cauce de expresión de la autonomía de la voluntad y en nuestras leyes se habla de que ese consentimiento ha de ser informado para ser válido, ¿no plantea una contradicción con el consentimiento que se manifiesta en el testamento vital? Y, por otro lado, la libertad de conclusión y de configuración interna propias de la libertad contractual ¿se dan también en el testamento vital?

4.1 Posible contradicción entre la necesidad de consentimiento informado, cauce de la autonomía de la voluntad, y el testamento vital

Las reglas tradicionales relativas al consentimiento nos dicen que para que éste esté bien formado ha de conocer y querer el objeto sobre el que va a recaer su declaración. Así, pues, existe una íntima relación entre la voluntad y la información, ya que, se dice, carece de voluntad quien no conoce. En materia contractual se exige una información completa, clara y veraz, lo cual no supone establecer nuevos límites en materia contractual, sino que por el contrario, es una garantía del principio de la autonomía de la voluntad que favorece la igualdad real entre los contratantes y el equilibrio de fuerzas, y que potencia la formación adecuada del consentimiento, con relación al objeto y a todas las circunstancias que rodean al mismo.

¿Se puede aplicar esta misma regla a la autonomía de la voluntad del paciente y su consentimiento? Una primera mirada a la normativa existente en esta materia, a nivel estatal y autonómico, nos indica que sí. En todas estas normas se observa la regulación sucesiva del derecho a la información y del respeto a la autonomía, lo cual trasluce el mensaje que desea destacar el legislador: la información es previa a la autonomía para decidir, es condición de ella en el sentido de que no se puede ejercer de modo auténtico la autonomía al decidir sobre la salud, si no se posee la información necesaria para tomar esa decisión. De esta manera se consagra en el centro del sistema al paciente como sujeto capaz de gobernar su propia vida y su propia salud, pero para que ello sea real se añade la necesidad de contar con una información "adecuada" (art. 2, 2 de la ley estatal) que le permita decidir de acuerdo a la realidad de su situación.

Si esto es así, parece plantearse una objeción importante al testamento vital, ya que en éste el paciente, que probablemente ni siquiera todavía es paciente, ni está enfermo, plasma su consentimiento para una situación de futuro dando unas instrucciones que necesariamente son hipotéticas. No se le ha informado previamente, pues no hay, en realidad, nada de que informarle para que libremente consienta. De modo que no hay ninguna condición que apunte al cumplimiento de los requisitos que se exigen para el consentimiento informado y, más concretamente, para la información como requisito del consentimiento: constancia del diagnóstico, conocimiento de alternativas del tratamiento, conocimiento de los riesgos y consecuencias de los tratamientos que se consienten o del rechazo de las medidas que se prohíben.

¿Es esto realmente una objeción? Entiendo que no. La razón es que entiendo que el concepto de autonomía de la voluntad, que es al que se da preeminencia en estas leyes, no es un concepto que pueda encerrarse o entenderse totalmente expresado en el de consentimiento informado. La autonomía de la voluntad en la mayor parte de los casos que se producen en la relación médico-paciente se concreta en el consentimiento informado, por la actualidad de la cuestión que se plantea (consentimiento prácticamente concomitante al acto médico), pero a pesar de ello, la autonomía de la voluntad es un concepto que rebasa el de consentimiento informado. Repito, aunque en él encuentre su cauce de expresión normal. De ahí que sí que se pueda consentir incluso antes de que se plantee el problema y sin estar informado. De hecho, las propias normas que regulan esta materia señalan que el paciente puede rechazar la información y, sin embargo, sigue siendo necesaria la emisión de su consentimiento para

poder llevar a cabo la intervención de que se trate (arts. 4, 1 y 9, 1 de la ley estatal⁶⁰).

Por tanto, el derecho a la información en tanto que derecho, es renunciabile por su titular siempre y cuando tal renuncia no sea contraria al interés u orden público ni perjudique a terceros (art. 6º Código Civil). Además, la información es un derecho a favor del paciente que está al servicio de la formación adecuada de su consentimiento, de ahí que sea preciso analizar el contenido sobre el que va a versar ese consentimiento y ver el papel que juega en él la información. En el caso del testamento vital, cuando lo que se quiere señalar es que no se empleen medios extraordinarios en la prolongación de la vida, ese consentimiento no necesita mayores informaciones. Saber si tal o cual tratamiento prolonga o no artificialmente la vida no tiene por qué ser parte del contenido específico de este documento, ni del conocimiento del paciente, ello corresponde al médico que ha de aplicar el testamento vital. Por tanto, la ausencia de información en este caso, ni afecta a la formación del consentimiento ni perjudica al interesado, ni a terceros.

No obstante lo dicho, sí que es cierto que la emisión de ese consentimiento por anticipado de alguna manera sí que afecta a lo así dispuesto en el caso en que el documento sea de mayor detalle, pero no tanto por la falta de información sino por la anticipación en el tiempo. De modo que entre el momento en que se redactó y el momento de aplicación, se dé el caso, por ejemplo, de que la ciencia haya avanzado y un determinado tratamiento médico proscrito en el testamento vital por entenderlo inútil o considerado hoy medio extraordinario, al cabo de los años tenga una funcionalidad distinta o venga a ser una terapia segura y eficaz, aplicable de forma habitual. Esta problemática ha sido prevista por el legislador y no es este el lugar ni el momento de entrar en ella, únicamente decir que no es problema de falta de información sino que es algo propio de la anticipación en el tiempo.

4.2 La libertad de configuración interna de la autonomía de la voluntad en el testamento vital

Señalábamos también más arriba que la autonomía de la voluntad en el ámbito patrimonial encuentra su máximo exponente en el principio de libertad contractual. La libertad contractual tiene dos vertientes: libertad de

⁶⁰ Dice el art. 4, 1: "Los pacientes tienen derecho a conocer, con motivo de cualquier actuación en el ámbito de su salud, toda la información disponible sobre la misma, salvando los supuestos exceptuados por la ley. Además, toda persona tiene derecho a que se respete su voluntad de no ser informada (...)". Y añade el art. 9, 1: "(...) Cuando el paciente manifieste expresamente su deseo de no ser informado, se respetará su voluntad haciendo constar su renuncia documentalmente, sin perjuicio de la obtención de su consentimiento previo para la intervención".

conclusión y de configuración interna. La libertad de conclusión es la posibilidad que tiene el individuo de decidir libremente si va a concluir un contrato y con quién va a hacerlo; y la libertad de configuración interna es la posibilidad de establecer libremente el contenido del contrato. En el ámbito patrimonial, la libertad de conclusión se ve afectada actualmente con relación a determinados contratos forzados u obligatorios, así como la libertad de configuración por la de los contratos de adhesión y normados, y contratos que, sin serlo, tienen gran parte de su contenido preestablecido o programado.

¿Se puede hablar de un problema similar que afecte a la autonomía de la voluntad del paciente a la hora de hacer su testamento vital? Sí y resulta muy chocante que lo que ha sido concebido como forma de expresión de la voluntad del paciente, haciéndose tanto hincapié en que el fundamento en la formación del testamento vital es la autonomía de la voluntad y que, por eso mismo, su ejecución requiere del máximo respeto tanto por parte de los médicos como de los familiares y allegados, haya derivado tan pronto en un formalismo en cuanto a su contenido que ciertamente supone un límite a la libertad del paciente.

Por hacer un paralelo con el contenido de la libertad contractual en el ámbito patrimonial, se puede decir que si bien en el testamento vital existe libertad de conclusión, ya que cada uno puede decidir si hace o no un testamento vital; lo que no existe, o empieza a ser muy relativa, es la libertad de configuración interna. Sin duda, al igual que ocurre con la autonomía de la voluntad en el ámbito patrimonial, la autonomía del paciente a la hora de redactar el contenido de su testamento vital, no es absoluta sino que se encuentra limitada por una serie de parámetros a los que todas las leyes aluden (el orden público y la buena práctica clínica, principalmente). Pero no es a eso a lo que me refiero cuando digo que la libertad de configuración interna está muy mermada. El motivo de esta afirmación se encuentra en la existencia de modelos de testamento vital que predeterminan su contenido.

Lo que empezó siendo una forma de ejemplificarlo que es un testamento vital ante la novedad del mismo (forma de ejemplificar, que dicho sea de paso, estaba muy condicionada ideológicamente por el ámbito o institución de donde procedía el modelo), se está convirtiendo en un formulario que se entrega al enfermo en el hospital o residencia de ancianos al que ingresa y que éste rellena después de recibir una breve y superficial información verbal al respecto. Esto ya es una realidad en EE.UU.⁶¹, país

⁶¹ En Estados Unidos, el noventa por ciento de los hospitales afirma dedicar menos de diez minutos a explicar al paciente en qué consiste el testamento vital, ese "formulario" que se le ha entregado. LARSON, E. J. y EATON, T. A., "The limits of advance directives: a history and assessment of the patient self-determination act", *Wake forest Law Review*, 1997, Vol. 2, p. 269.

del que procede la institución, y en nuestro país, como veremos a continuación, se lleva un camino similar.

V. LA FORMA EN EL TESTAMENTO VITAL

5.1 De la forma legalmente prevista

Ya ha quedado vista la preponderancia que tiene la autonomía de la voluntad en el testamento vital en cuanto a fuente de la que emana. Papel fundamental que viene también a ponerse de relieve en cuanto a la naturaleza y forma que ha de adoptar el mismo. El testamento vital es un negocio jurídico y, como todo negocio jurídico, gira en torno a la declaración de voluntad. Esa declaración se manifiesta a través de una serie de signos que son expresivos de la voluntad de quien los emite y que se dirigen a conseguir el resultado social que el Derecho estima digno de amparo como relación negocial. Al hablar pues de la forma, estamos hablando por un lado del medio de expresión, de lo que sirve para expresar lo querido, de tal manera que todo negocio jurídico requiere de una forma. Y por otro lado, nos referimos a las formalidades, denominación que hace referencia a la observancia de ciertas formas admitidas como únicas válidas para la declaración de voluntad⁶².

A la hora de regular cuál ha de ser la forma que debe revestir el testamento vital, la ley estatal señala en el art. 11, párrafos 2 y 5, que se ha de hacer "siempre por escrito", quedando a cargo de las CCAA el establecimiento de las demás formalidades. Cataluña que, como ha quedado dicho, fue quien primero reguló esta materia y estableció en su artículo 8,2 que ese escrito debía formalizarse de la siguiente manera: "(...) la declaración de voluntades anticipadas se ha de formalizar mediante uno de los procedimientos siguientes: a) Ante notario. En este supuesto no cabe la presencia de testigos. b) Ante tres testigos mayores de edad y con plena capacidad de obrar, de los cuales dos, como mínimo, no han de tener relación de parentesco hasta el segundo grado con el otorgante ni estar vinculados con él por relación patrimonial". Todas las demás CCAA han regulado en idéntico sentido esta cuestión, con una excepción⁶³ y algunos añadidos⁶⁴. En algunas CCAA excepcionalmente, se exige la inscripción

⁶² CASTRO y F. *El negocio*. Madrid, 278.

⁶³ La Rioja requiere que el escrito se haga ante notario "y" tres testigos (art. 6,5,b).

⁶⁴ Los añadidos hacen referencia a las cualidades que han de reunir los testigos. Todas ellas exigen de los tres testigos mayoría de edad y plena capacidad y que de ellos, dos, no tengan relaciones de parentesco ni patrimoniales; añadiéndose en La Rioja "ni relación laboral o de

de ese documento para su validez (tal es el caso de Andalucía –art. 5º–), o para adquirir carácter vinculante (art. 34 de la Ley Cantabria). No obstante en el resto de CCAA la regla es que la inscripción sea a los solos efectos de su publicidad y para facilitar su acceso al personal sanitario, articulándose también otras vías que inciden en esta segunda finalidad.

Es decir que, por un lado, la forma que ha de revestir el testamento vital no es libre sino que se exige que en todo caso se haga por escrito y, por otro lado, no basta cualquier escrito sino que éste ha de haberse formalizado ante testigos cualificados (ya sea un notario, tres personas independientes o un funcionario público). Se puede afirmar, pues, que el testamento vital es un negocio jurídico formal, ya que la forma –escrita– es un requisito necesario e imprescindible para la misma existencia del negocio. Sin embargo, en él la forma no tiene valor constitutivo, ya que el testamento vital no existirá o no será plenamente eficaz si, aun teniendo la forma requerida, carece de algún requisito esencial o lo tenga viciado, por eso mismo, por ser la forma un requisito que se exige al lado de los demás esenciales para el negocio, su valor es integrativo o *ad solemnitatem*. Además, se puede hablar de la existencia de formalidades habilitantes, al exigirse la intervención de personas o autoridades que vienen a verificar quien hace el testamento vital reúne las condiciones de capacidad requeridas para ello. Por último, la referencia casi generalizada a su inscripción en el Registro es, en la mayoría de los casos, con las salvedades indicadas, una forma de publicidad.

La solemnidad en la forma es, en nuestro ordenamiento jurídico, excepción a la regla en materia contractual. Desde que el Ordenamiento de Alcalá opta por el principio espiritualista, se habla de la libertad de forma indicando, no que se prescinda de ella, sino que la misma resulta indiferente al negocio siempre que en él concurren las condiciones esenciales de validez. Principio este que está recogido en el art. 1278 de nuestro Código Civil. Cuando nos encontramos ante una excepción a la regla, excepción que ha de venir recogida expresamente en la ley, como es el caso, hay que preguntarse a qué obedece, cuál es el interés jurídico protegido o la razón que ha movido al legislador a decantarse por excepcionar la regla.

Continuación nota m

servicio, ni de afectividad análoga a la conyugal" (en el mismo sentido se manifiesta la ley de Cantabria); "ni obligacionai" dice la ley de Castilla-León. Otm añadido distinto es el establecido en las leyes del país vasco y Castilla-León, donde además de poder hacerse ante notario o testigos, se prevé la posibilidad de que se formalice ante "el funcionario encargado del Registro" (art. 3 de la ley del país vasco); o "ante personal al servicio de la administración" (art. 30,2 de la ley de Castilla-León). Por último, la ley valenciana abre la puerta a otras posibles opciones que se puedan plantear en el futuro, señalando como tercera posibilidad "otro procedimiento legalmente establecido" (art. 17,3).

En este sentido podemos decir que en el ámbito del Derecho civil hace ya tiempo que se viene hablando de un nuevo formalismo, o de una vuelta al formalismo. Pero no de un retorno a "la forma por la forma" como podía ser el formalismo imperante en Roma, de tipo ritual o simbólico; sino de un empleo de la forma de tipo protector, en el que el recurso a la forma se hace como un medio de proteger al débil. Esto ha tenido su principal campo de actuación en el ámbito relativo al consumo, donde a quien se trataba de proteger era al consumidor, la parte considerada débil.

En el ámbito en el que estamos tratando, su aplicación vendría a beneficiar al paciente. Sin duda es preciso que el paciente deje constancia de su voluntad en un medio que sea fácilmente accesible y comprobable para cuando llegue el momento en que ésta ha de entrar en juego. Momento que llega cuando esa persona se encuentra en una situación en que no va a poder expresar por sí mismo su voluntad, ni tampoco va a poder actuar de ninguna manera frente a quien hubiere dado instrucciones verbales y las incumpliera diciendo estar actuando su voluntad. Es cierto que en la actualidad, la tecnología ofrece otros medios de registrar la voluntad, como las grabaciones audiovisuales o simplemente de voz, pero el legislador sigue mostrándose favorable a los medios tradicionales: la expresión por escrito de esa voluntad. Medio que, por un lado, quizá favorece una mayor reflexión por parte de quien manifiesta su voluntad, y, por otro, evita que problemas técnicos (defectuoso sonido, por ejemplo) impidan alcanzar la finalidad de esta figura.

Con la forma se trata, pues, de garantizar a toda persona el poder anticiparse a su propia enfermedad, o situación de incapacidad de expresión de la voluntad por cualquier otra causa; y de garantizar, igualmente, el que esa voluntad no pueda verse burlada u obviada, sino cumplida. La forma al servicio del paciente y de una mejor expresión, plasmación y respeto a su voluntad.

5.2 Hacia el formulario-trámite

Ya antes incluso de que se promulgara la ley catalana, primera ley que hizo referencia al testamento vital en nuestro país, existían fundamentalmente, dos modelos de testamento vital: uno propuesto por la Asociación Derecho a Morir Dignamente⁶⁵ y el otro, por la Conferencia Episcopal

⁶⁵ Esta Asociación se ha mostrado muy activa en los distintos países. En EE.UU. ya en 1938 promovía la legalización de la eutanasia; en 1967, después de varios años de inactividad, este grupo fundó el denominado "Concern for the Dying" para "educar" a la sociedad y promover la aceptación

Española. Con ellos que se pretendía orientar a las personas que quisieran redactar un documento de este tipo, sobre los aspectos que se podrían tratar en él y cómo hacerlo.

Con la regulación legal de la materia, algunas normas han previsto el que existan modelos al alcance del paciente. Tal es el caso de la ley balear que señala en el apartado sexto de su artículo 18: "Los centros facilitarán información y modelos de los documentos de voluntades anticipadas". O el caso andaluz que adjunta en el Anexo II de su Decreto N° 23812004, de 18 de mayo, por el que se regula el Registro de Voluntades Vitales Anticipadas, un modelo normalizado, indicando que los formularios se pueden recoger en los centros de salud y en las delegaciones de salud de Andalucía. También la Consejería de Salud de La Rioja y de otras CCAA disponen de un modelo del documento de testamento vital a disposición de quien lo desee. A esta iniciativa se han sumado también otras instituciones como los Colegios de Médicos, e incluso algunos hospitales e instituciones geriátricas disponen de estos formularios al alcance del paciente. Así pues, en la actualidad nos encontramos con una pluralidad de formularios de testamentos vitales –voluntades anticipadas o instrucciones previas, según la terminología empleada por cada CCAA⁶⁶–, que desde organismos oficiales, asociaciones e instituciones se facilitan al paciente.

Así como los primeros modelos proponían una redacción que permitía al interesado hacerse una idea del instrumento que tenía a su disposición. pudiendo copiar ese modelo, introducir las modificaciones que deseara o redactar otro a su antojo; lo característico de estos formularios es que, como en todo formulario, el paciente se ha de limitar a rellenar con una cruz las casillas dispuestas a tal efecto y completar los espacios dejados en blanco

Continuación nota ⁶⁵

de la eutanasia y, como paso previo, empezó con la difusión de los denominados *living will* (testamento vital). En Francia, el senador Henri CARVAT, presidente de "l'Association pour le droit de mourir dans la dignité" (fundada en 1980), presentó en 1988 una proposición de ley que buscaba la licitud del testamento vital ("testament de vie" o "testament biologique"). En España esta Asociación estuvo también muy presente, promoviendo la legislación catalana al respecto.

⁶⁶ En realidad ninguna de nuestras normas emplea el término testamento vital para referirse a esta figura, término que si se ha generalizado en el lenguaje coloquial. Nuestras normas se decantan más bien por dos denominaciones bien similares: instrucciones previas y voluntades anticipadas. Se inclinan por la primera la ley estatal y las de Madrid y Castilla-León; mientras que por la segunda, las leyes de Cataluña, Galicia, Aragón, Navarra, País Vasco, Valencia y Baleares. En el resto de normas, se observa el empleo de algunas derivaciones de este último término –voluntades anticipadas–. así en Extremadura se le llama "expresión anticipada de voluntades", en La Rioja "declaración de voluntad anticipada", en Cantabria "voluntades previas" y en Andalucía "declaración de voluntad vital anticipada".

que hacen referencia a los datos personales del paciente así como el nombre de la persona elegida como representante para hacer cumplir ese testamento vital, o los testigos ante los que se ha "redactado" el mismo.

Convertir el testamento vital en un mero formulario, burocrático y automático rompe, a mi modo de ver, con la finalidad propia de esta figura que nace, como ha quedado dicho, como expresión de la autonomía de una voluntad propia e intransferible de cada paciente, voluntad personal que autorregula sus intereses y que, por tanto, de por sí escapa de todo molde, de toda posible "protocolización"⁶⁷ y enlaza con la individualidad de cada uno. Al fundamentar el testamento vital en la autonomía de la voluntad, se está diciendo que es en el testamento vital donde se manifiesta auténticamente la autonomía del paciente, su voluntad; si esa declaración no existe o ha sido previamente determinada ¿de qué autonomía de la voluntad estamos hablando?

Da la impresión de que, en relación a la forma, con el testamento vital está ocurriendo algo similar a lo acontecido con el consentimiento informado. Al exigir el legislador la constancia por escrito del consentimiento otorgado por el paciente para la realización de algunas actuaciones específicas (intervenciones quirúrgicas, procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasores y, en general, procedimientos que supongan riesgos o inconvenientes de notoria y previsible repercusión negativa sobre la salud del paciente), después de haber recibido una información adecuada, se pretendía garantizar y preservar el derecho que tiene el paciente a conocer su estado de salud y a participar en su proceso curativo, decidiendo lo que le parece más conveniente. No obstante, en la práctica esto se ha derivado en la existencia de distintos modelos de consentimiento informado, uno para cada una de las actuaciones específicas, que el paciente ha de firmar. Modelos que, en su mayoría, contienen sobreinformación innecesaria, que en algunos casos desaniman al paciente en lugar de hacer que se haga una idea lo más aproximada posible de "su" situación.

¿Por qué lo que nace como una forma de protección al paciente, la realidad nos demuestra que se acaba volviendo, en cierta medida, en su contra? Entiendo que ello obedece a un problema apropiado de lo que está sucediendo en el ámbito de las relaciones médico-paciente. Un ámbito en el que en el último cuarto de siglo ha aumentado considerablemente el nivel

⁶⁷ "Comencemos por negar la posibilidad de protocolizar la gestión de los cuidados sanitarios y de los límites de la vida mediante formularios de directivas anticipadas impuestos por las distintas administraciones sanitarias". ECHEZARRETA FERRER, M., "La autonomía del paciente en el ámbito sanitario: las voluntades anticipadas", *Geriatricianet*, p. 4 (Internet).

de litigiosidad, generando un aumento de desconfianza entre las partes en juego que ha derivado en una juridificación de la relación que se plasma gráficamente en una juridificación de la historia clínica⁶⁸ y en el recurso a la forma como medio de prueba y defensa del médico, o del centro sanitario, frente a las eventuales demandas o querellas de los pacientes. No importa tanto el que el paciente realmente conozca el alcance real de su enfermedad, su diagnóstico, pronóstico y opciones, sino que lo importante es tener el papel firmado que diga que consiente; no importa tanto el que el paciente o eventual paciente se plantee el final de su propia vida sino que haya un papel que exonere al médico de responsabilidad si no aplica todos los medios que la ciencia pone a su alcance en mantenerlo con vida porque éste así lo ha pedido. La forma ya no está al servicio del paciente sino de un sistema sanitario “juridificado”, lo cual lleva a la pérdida de la inicial función y sentido de la forma que pasa a ser un mero trámite. Trámite que se aproxima peligrosamente al formulismo ritual romano, la forma por la forma, y que deja muy mal parada a la autonomía de la voluntad del paciente que el legislador se proponía situar en el centro de las relaciones sanitarias. Urge, pues, volver a encauzar esas relaciones dentro de un marco de confianza, sosiego y relación personal que permita que los instrumentos dispuestos por las leyes se desplieguen adecuadamente. Pero esto ya no es tarea del legislador, sino probablemente una tarea conjunta de una Administración que racionalice los servicios sanitarios, unas Facultades de Medicina que conciencien a sus estudiantes, futuros profesionales de la sanidad, en estas cuestiones, y una ciudadanía que sea consciente de sus derechos, pero que también los ejercite de forma sensata.